

Høringsbrev - Gjennomføring i norsk rett av Haagkonvensjonen 1996 om beskyttelse av barn

Utlendingsdirektoratet (UDI) viser til høringsbrev fra Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) om gjennomføringen i norsk rett av Haagkonvensjonen 1996 om beskyttelse av barn mv.

I utgangspunktet vil ikke gjennomføringen av konvensjonen i norsk rett ha direkte betydning for vår behandling av saker etter utlendingsloven. UDI blir imidlertid nærmest alltid berørt i saker om omsorgsovertakelse fordi det må tas stillingen til barnets og foreldrenes oppholdsstatus i Norge som følge av omsorgsovertakelse.

Vi har konsentrert våre innspill omkring de temaene som er særlige relevante for oss. Vi ser positivt på at Norge tiltrer konvensjonen, siden den etablerer internasjonalt samarbeid på området og dermed vil gjøre at Norge står sterkere i dialogen med andre land i internasjonale barnevernssaker. Vi ser positivt på forslagene til endring av gjeldende rett som bidrar til å klargjøre rettstilstanden og gir tydeligere regler. Når det gjelder de typiske asylankomstlandene er det kun Russland som har tiltrådt Haagkonvensjonen, og konvensjonen vil dermed ikke ha praktisk betydning pr i dag med unntak av saker fra Russland, og da spesielt Tsjetsjenia.

Generelt

Innledningsvis ønsker UDI å bemerke at høringsnotatet er omfattende og til dels krevende å sette seg inn i. Særlig fordi det er en del direkte utklipp av tekst fra engelske dokumenter uten at disse er oversatt eller det er nærmere forklart hvilken betydning uttalelsene har for Norge. I tillegg er enkelte av bestemmelsene i lovutkastet uklare. For eksempel er § 3 om *Overføring av personopplysninger og taushetsplikt* en vid hjemmel for utlevering av personopplysninger. § 4 om *Kompetanse. Beslutning om overføring av sak* er også en bestemmelse som lovteknisk bør gjennomgås. UDI anbefaler at forarbeidene forenkles noe og gjøres mer tilgjengelige samt at lovteksten gjennomgås, før lovproposisjonen fremmes.

BLD drøfter forholdet til fem sentrale konvensjoner som gjelder direkte som norsk lov, og departementet trekker særlig frem FNs barnekonvensjon og

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Departementet uttaler at Haagkonvensjonen av 1996 legger bedre til rette for å sikre at de materielle reglene i EMK og FNs barnekonvensjon gjennomføres i saker med tilknytning til flere stater. Et aspekt som er lite berørt i høringsnotatet er relevant rettspraksis fra internasjonale domstoler. UDI mener det er et reelt behov for å få oversikt over relevant rettspraksis og anbefaler at dette trekkes inn som et element i det videre arbeidet med innføringen av Haagkonvensjonen 1996 i norsk rett.

Videre er UDI av den oppfatning at BLD, i samarbeid med Justis- og beredskapsdepartementet (JD), bør vurdere å utarbeide en veileder/brugerhåndbok med hovedfokus på saksbehandlingen og på de vanligste materielle spørsmålene som vil kunne oppstå i behandlingen av saker som gjelder beskyttelsestiltak rettet mot barn med tilknytning til flere stater. Vi viser i den sammenheng til Storbritannias veileder publisert i februar 2013 «The 1996 Hague Convention Practice Guide».

Særlige aktuelle problemstillinger for UDI

Pkt. 6.2.2 Barneloven – barns utreise til annen stat

Fra et barnerettslig perspektiv ser UDI positivt på at BLD ønsker å styrke barns særlige rettigheter til å bli hørt etter barnekonvensjonen artikkel 12 gjennom å innføre et nytt materielt vilkår i barneloven § 41. Dette vilkåret skal gjelde i de tilfellene der barnet skal ta opphold/flytte til en annen stat uten følge av foreldrene og barnets samtykke skal gis til foreldrene.

Dette vilkåret blir også viktig sett i sammenheng med departementets uttalelser om at en endring i barneloven § 82 vil kunne bidra til å sikre at den forelder som har samtykket til et midlertidig opphold i en annen stat for barnet, får økt mulighet til i praksis å bestemme om oppholdet skal forlenges, idet oppholdstidens lengde kan ha betydning for barnets «habitual residence». Dersom barnet ikke returneres til Norge i tråd med avtalen, og spørsmålet om jurisdiksjon og «habitual residence» aktualiseres, må spørsmålet om Norge har jurisdiksjon avgjøres etter en konkret vurdering av avtalen og omstendighetene i saken. Det er på denne bakgrunnen departementet ber om høringsinstansenes merknader til hvorvidt det bør innføres et nytt materielt vilkår om barnets samtykke i tilfeller der barnet skal flytte til/ta opphold i en annen stat uten følge av foreldrene. UDI er altså positive til et slikt nytt materielt vilkår.

Ut fra erfaringer med enkeltsaker anser imidlertid ikke UDI at en bestemmelse i barneloven om samtykke i utgangspunktet nødvendigvis vil *forhindre* foreldre fra å ta barn ut av landet mot deres vilje. Dette gjelder særlig i de alvorligste tilfellene som gjelder tvangsgifte og kjønnslemlestelse. I disse sakene er barna ofte under sterk tvang fra foreldrene og som regel er ikke overgrepene kjent for barnet før utreise.

Vi har også erfaring med saker der barn er tatt ut av Norge mot sin vilje, og hvor barnet i etterkant har søkt om å få komme tilbake til Norge uten foreldrenes samtykke og/eller etter at de selv har blitt voksne. Vilket vil ikke få betydning for vår behandling av søknader om opphold som kan komme i etterkant av en ufrivillig plassering i utlandet, jf. punkt 5.3.3 i høringsnotatet om unntak fra konvensjonens anvendelsesområde der

beslutninger om asyl eller innvandring er eksplisitt unntatt. Slik vi har forstått det vil dette nye vilkåret bare bli aktuelt i tilfeller der det er reist sak for domstolene.

Samtykke fra den ene forelder i saker som omhandler EØS-borgere

Når det gjelder EØS-borgere, ser UDI at det pr i dag mangler et materielt vilkår i utlendingsloven om at det må foreligge samtykke fra den andre forelderen om at et barn kan bosette seg i Norge der barnet kommer til Norge med en av foreldrene som er EØS-borger eller uten egne foreldre. I vårt alminnelige regelverk er det et vilkår at forelderen enten har foreldreansvar alene eller at det foreligger samtykke fra den andre forelderen. Tilsvarende vilkår eksisterer altså ikke i lov eller forskrift for barn som omfattes av kapittel 13 i norsk utlendingslov « Særlige regler for utlendinger som omfattes av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) og Konvensjon om opprettelse av EFTA-konvensjonen (heretter EØS-regelverket)».

Direktiv 2004/38/EF om fri personbevegelse inneholder ingen bestemmelser som oppstiller vilkår at EØS-forelderen fremlegger dokumentasjon på at hun/han har foreldreansvar alene eller at det foreligger samtykke fra den andre forelderen. Listen over dokumentasjon som stilles i artikkel 8 (59) litra d og artikkel 10 (2) litra d i direktivet om fri bevegelse omhandler kun administrative formaliteter vedrørende registrering og permanent opphold, og de er uttømmende i forhold til krav til dokumentasjon. Avvik fra bestemmelsene i direktivet kan tillates dersom medlemsstatenes tiltak (i vårt tilfelle krav til dokumentasjon) er hensiktsmessige og proporsjonale, jf. praksis fra EU-domstolen. Krav til dokumentasjon vil med andre ord kun være tillatt dersom det har et legitimt formål for eksempel for å ivareta barnets beste interesser eller forhindre barne bortføring. Slik UDI ser det vil implementeringen av Haag-konvensjonen 1996 gi oss en anledning til å argumentere for et krav til dokumentasjon som vi i dag ikke har hjemmel for i EØS-regelverket.

Pkt. 6.2.3 Registrering av foreldreskap og foreldreansvar

UDI viser til vårt tidligere innspill til Justisdepartementet (JD) på dette punktet (vår ref. 13/1182-6), som ligger vedlagt. Der understrekes det at registrering av familierelasjon i vårt saksbehandlersystem (DUF) i de fleste saker ikke innebærer en konstatering av foreldreansvar. Utlendingsforvaltningen har ikke til oppgave å registrere foreldreskap/foreldreansvar, og har heller ikke myndighet til å anerkjenne utenlandske avgjørelser om foreldreansvar. UDI vurderer likevel gyldigheten av utenlandske avgjørelser om foreldreskap/foreldreansvar i familiegjennforeningsaker der dette har betydning for om oppholdstillatelse i Norge innvilges eller ikke. Som nevnt i vårt tidligere innspill til JD så registreres søkerens opplysninger om relasjon i DUF allerede på søknadstidspunktet, men i mange tilfeller vil ikke utlendingsmyndighetene vurdere riktigheten av den påberopte relasjonen. For eksempel fordi opplysningene ikke har betydning for utfallet av saken.

UDI gjennomfører ankomstsamtale og asylintervju med alle enslige mindreårige asylsøkere og medfølgende barn. Formålet med samtalen er først og fremst å kartlegge barnets beskyttelsesbehov. Dersom det under samtalen oppstår tvil om anførte familieforhold kan UDI foreta ytterligere

intervju med foreldrene eller det kan også bes om at søkeren gjennomfører DNA-test.

Når det søkes om familiegjenforening med person i Norge må foreldreskap/foreldreansvar dokumenteres før utlendingsmyndighetene kan innvilge søknaden. UDI legger i utgangspunktet dokumentasjon fra hjemlandets myndigheter til grunn, men der dokumentene har lav notoritet får søkerne regelmessig tilbud om å gjennomføre DNA-test for å fastslå familierelasjonen.

Kapittel 7 Kompetanse (jurisdiksjon)

Begrepet «Habitual residence» sammenholdt med det norske bostedskriteriet

I høringsnotatet punkt 7.2 legger departementet til grunn at bostedsbegrepet for barn i norsk rett synes å ligge nær det begrepet som betegnes som «habitual residence» i Haagkonvensjonen 1996. BLD legger videre til grunn at begrepene «bosted, bosatt, bor» kan anvendes i gjennomføringsloven og i endringene i andre lover som følger av gjennomføringen av konvensjonen der «habitual residence» anvendes i Haagkonvensjonen 1996, og at det normalt sett ikke er behov for å gjøre endringer i norsk rett der barns bosted er lagt til grunn fra før. BLD viser i den forbindelse til senere års rettspraksis, fra 1997-2007, der Høyesterett gjennomgående vektlegger foreldrenes intensjoner og avtaler om hvor barnet skal bo der bostedsspørsmålet er tvilsomt. Vi gjør oppmerksom på at «bosatt» er et sentralt begrep i forbindelse med folkeregisteret, se folkeregisterforskriften § 4-1. Departementet bør derfor vurdere om begrepet «bosatt» er hensiktsmessig i forbindelse med implementering av Haag-konvensjonen.

UDI ser at det er en svakhet ved høringsnotatet at det ikke omhandler relevant rettspraksis fra internasjonale domstoler, herunder Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen og EU-domstolen, der spørsmål knyttet til begrepet «habitual residence» blir berørt. Vi mener at høringsnotatet bør reflektere den nyere rettsutviklingen. Vi viser til at EMD i løpet av de siste tre årene har behandlet flere saker under EMK art. 8 som omhandler samspillet mellom menneskerettighetskonvensjoner og konvensjoner som dekker samme område som Haagkonvensjonen 1996, som for eksempel Europarådskonvensjonen 1980 og Haagkonvensjonen 1980 som er gjennomført i norsk lov. For å få en komplett oversikt over rettskildebilder mener vi det er viktig å ha kjennskap til disse avgjørelsene ved tolkningen av Haagkonvensjonen 1996, samt kjennskap til andre lands praksis.

UDI har også merket seg at BLD under punkt 7.2.3.2 har skrevet at det er de faktiske omstendighetene i saken som er avgjørende for å konstatere «habitual residence» og at relevante momenter vil være barnets tilknytning til landet, familie, skolegang osv. BLD sier videre at Norge vil at jurisdiksjon til å treffe langvarige beskyttelsestiltak, som omsorgsovertakelse, ovenfor barn som er flyktninger og i saker der barnets bosted ikke lar seg fastsette. Samtidig sier departementet at det kan diskuteres hvorvidt fylkesnemnda bør treffe vedtak om omsorgsovertakelse der barnet og foreldene er i en asylsøkerfase, selv om det kan legges til grunn at Norge har jurisdiksjon til å treffe langvarige tiltak, uten at standpunktet begrunnes nærmere. UDI gjør i den forbindelse oppmerksom på at populasjonen i asylmottak i dag består

av mange barnefamilier med ulovlig opphold, men med langvarig oppholdstid, samt tilknytning til Norge, og at det i disse sakene kan være utfordrende for lokalt barnevern å konstatere jurisdiksjon med de ovennevnte uttalelsene fra departementet. UDI har erfaring med at barnevernet i en del saker avventer å gripe inn fordi familien har en sak til behandling hos utlendingsmyndighetene. Dette har vært situasjonen for eksempel i saker som gjelder omskjæring og tvangsgifte, og spesielt der det er snakk om retur til annet Dublin-land iht Dublin II-forordringen¹.

Forholdet mellom barnevernloven og utlendingsloven

UDI har tidligere belyst kompleksiteten i sakene der barnevernet har overtatt omsorgen for et barn av utenlandsk opprinnelse og foreldrene har ulovlig opphold eller uavklart oppholdsstatus i Norge (jf. vårt brev til Justisdepartementet 11.3.2013 vår ref.12/949-18 som ligger vedlagt). Disse sakene skaper ofte diplomatiske forviklinger og UDI blir nærmest alltid berørt fordi det må tas stilling til barnets og foreldrenes oppholdsstatus i Norge som følge av omsorgsovertakelsen. Forholdet mellom utlendingsloven og barnevernloven er uklart. Utlendingsloven regulerer hvem som skal få opphold i Norge, men ikke i hvilken grad en familie kan returnere til hjemlandet med barna sine. I hvilken grad utenlandske borgere som er fratatt omsorgen for sine barn i medhold av barnevernlovens regler har rett eller adgang til å avgjøre hvilket land deres barn skal være bosatt i, faller i utgangspunktet utenfor vårt myndighetsområde og reguleres heller ikke i utlendingsloven.

Etter vår oppfatning bør ikke et vedtak fra fylkesnemnda om omsorgsovertakelse i utgangspunktet hindre at hele familien blir sendt ut. Utlendingslovens formål kan i så fall bli vesentlig forfeilet. Samtidig har også utlendingsmyndighetene en plikt til å foreta en særlig vurdering av barnets situasjon og om den tilsier at familien bør gis opphold etter utlendingsloven § 38. Men selv om barnets velferd bør prioriteres, kan ikke det strekkes så langt at innvandringspolitiske hensyn ikke lenger blir et relevant hensyn for utlendingsmyndighetene å ta. Det kan ikke oppstilles noen generell regel om at den ene eller den andre loven skal ha forrang.

UDI sin erfaring med disse sakene er at i flertallet av dem får foreldrene svært begrenset samvær, kanskje 4-6 ganger i året av et par timers varighet. Et så begrenset samvær vil sjelden tilsi en selvstendig tillatelse til foreldrene, jf. utlendingsloven § 52 og utlendingsforskriften § 9-9². Dette begrensede samværet kan likevel ofte være særlig viktig for barna, idet det kan være deres eneste kontakt med sitt biologiske opphav og hjemlandets kultur. Et avslag på foreldrenes søknad om opphold eller et vedtak om utvisning vil kunne medføre en ekstra belastning for barna som gjør disse sakene særlig inngripende. Med andre ord kan slike saker føre til en total splittelse av foreldre og barn. Med store avstander, knappe ressurser med mer, blir gjennomføringen av samværet neppe en realitet. Barnets tilknytning til Norge og avstand til hjemlandet blir også større med tiden. Barnevernets

¹ Dublin II-forordningen erstattes med Dublin III-forordningen 1. januar 2014

² Jf. også ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 159 hvor det fremgår at dersom familierelasjonen til Norge er det eneste eller vesentligste tilknytningsforholdet, så skal saken vurderes etter bestemmelsene om familieinnvandring.

tiltak og nemndas vedtak får med andre ord mer vidtrekkende konsekvenser i saker som omhandler familier som ikke har permanent opphold i landet.

UDI har stilt seg spørsmålet om hvordan dette står seg i forhold til Barnekonvensjonen og EMK art. 8, og at disse sakene fordrer samhandling mellom UDI og barnevernmyndighetene slik at det grunnleggende hensynet til barnets beste ivaretas. UDI er også kjent med enkelte saker der omsorgsovertakelsen har skjedd i en periode hvor foreldrene har vært i en svært fortvilet situasjon og i en unntakstilstand som asylsøker. I noen av disse sakene har omsorgssvikten fremstått som situasjonsbetinget for oss. Ikke alle disse foreldrene vil nødvendigvis være «dårlige» omsorgspersoner i hjemlandet slik vi ser det.

UDI har også tatt til orde for at barnevernmyndighetene alltid bør vurdere om det finnes alternative omsorgsløsninger i familiens hjemland, for eksempel barnevern eller i den utvidede familien. I mange land utgjør storfamilien et supplement til foreldrene, og trer inn dersom foreldrene ikke makter omsorgsoppgaven. Lokalt barnevern vil neppe på egenhånd ha kompetanse eller ressurser til å foreta slike undersøkelser og vurderinger. Vi mener derfor at beslutning om omsorgsovertakelse i disse sakene bør løftes ut av det lokale barnevernet, og at det etableres mekanismer der både Utenriksdepartementet og utlendingsmyndighetene trekkes inn sammen med en sentral instans innenfor barnevernet.

Hver gang slike saker dukker opp, er det UDIs erfaring at det settes i gang et stort arbeid for å forklare andre lands myndigheter hvordan norsk barnevernlovgivning fungerer. Vi mener det er behov for å se på hvordan det norske systemet fungerer i slike saker, og om det er behov for å gjøre både materielle og prosessuelle endringer. En beslutning om varig plassering av et barn bør forutsetningsvis harmonere med utlendingslovens bestemmelser om opphold i Norge og våre rutiner som vedtaksmyndighet i utlendings-sakene. Basert på vår erfaring med disse sakene, som er økende i antall, ser UDI sjelden eller aldri at barnevernmyndighetene utreder hvorvidt det eksisterer alternative omsorgsmuligheter i hjemlandet.

Samtidig har UDI merket seg at BLD under pkt. 10.2.2.2 ønsker å innskrenke adgangen til fosterhjems plassering i hjemlandet som et langvarig beskyttelsestiltak i forhold til i dag. I sakene som er nevnt over vil det ofte foreligge endrede omstendigheter etter vedtaket om omsorgsovertakelse, og barneverntjenesten må da vurdere om de skal fremme sak for fylkesnemnda om opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse og eventuelt anmode en annen konvensjonstat om å overta jurisdiksjon, jf. høringsnotatet s. 134. UDI mener at dette kan være unødvendig dersom man allerede ved nemndas behandling har kunnskap om at foreldrene ikke har opphold i Norge, og at det hensyntas under behandlingen av saken allerede på dette stadiet av saken.

I tillegg har situasjonen for barn med og uten oppholdstillatelse visse fellestrekk. UDI henviser enslige mindreårige asylsøkere til å bo hos familiemedlemmer i hjemlandet. Dette er barn som er under norske myndigheters omsorg på mottak eller omsorgssenter. UDIs praksis er at det kan henvises til at enslige mindreårige kan få omsorg fra andre personer enn personer med foreldreansvaret i hjemlandet. Dette anses i dag ikke som

en fosterhjemsplassing med det oppfølgingsansvaret dette innebærer. Her vil ofte innvandringspolitiske hensyn gjøre seg gjeldende. UDI mener at regelverkene på de ulike områdene bør ses i sammenheng, og at forskjellen i norske myndigheters ansvar for enslige asylsøkende barn og barn med oppholdstillatelse bør utredes.

Pkt. 10.2.1 Om samarbeid og utveksling om informasjon i barnevernssaker

Det fremgår av høringsnotatet at artikkel 34 i konvensjonen åpner for at barneverntjenesten kan henvende seg til andre konvensjonsstater for å undersøke barnets totale omsorgssituasjon og eventuelt få utredet mulige omsorgspersoner i utlandet og at dette skal gå via sentralmyndigheten. UDI ser svært positivt på dette, jf. vår redegjørelse over om utredning av omsorgspersoner i hjemlandet. Men som departementet selv skriver forutsetter dette at Norge har jurisdiksjon til å treffe beskyttelsestiltak. Det blir dermed viktig å konstatere «habitual residence» også for asylsøkere og flyktninger basert på de konkrete omstendighetene i saken, se våre kommentarer til bostedsbegrepet over.

Pkt. 10.2.3 Fosterhjemsplassing av et barn i Norge etter utenlandsk vedtak

UDI viser til tidligere innspill til dette punktet i brev til JD (vår referanse 13/2819-2) der vi har gitt innspill til spørsmålet om hvorvidt det er behov for en særregel i utlendingsloven for disse tilfellene. I dette innspillet problematiserte vi ikke de tilfellene der et barn blir plassert i norsk fosterhjem etter utenlandsk Kafala-vedtak. Dette er en mer eller mindre permanent plassering av et barn uten av de rettslige båndene til foreldrene brytes. Kafala anses ikke som en adopsjon, da adopsjon er forbudt etter islamsk rett. Dersom plasseringen blir permanent, oppstår spørsmålet om på hvilket tidspunkt barnet skal kunne erverve norsk statsborgerskap og om det bør være egne regler for dette i statsborgerloven. Dette er et spørsmål om hvorvidt det er hensiktsmessig at barnet må vente i mange år, dersom omsorgspersonene har norsk statsborgerskap, jf. også EMK art. 8. Det presiseres at vi ikke har oversikt over om og eventuelt i hvilket omfang dette faktisk skjer.

Med hilsen

Stephan Mo
avdelingsdirektør

Marius Mølmen Moen
underdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk i Utlendingsdirektoratet og har derfor ingen signatur. Brevet sendes kun elektronisk.

2 vedlegg

Kopi:
Justis- og beredskapsdepartementet
Arbeidsdepartementet

